

# Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. Desde una postura personalista realista

José Fernando Botero Bernal\*

## RESUMEN

La política criminal, como especie de la política de justicia, debe comprenderse como aquella que configura el sistema penal, configuración orientada por una muy clara intencionalidad del poder punitivo. Esa intencionalidad no es otra que la legitimación, para los países periféricos, del derecho penal, es decir, “del sí y del cuánto de la sanción jurídico-penal de las conductas típicas.”<sup>1</sup> Y de esa forma del poder punitivo.

Esa configuración del sistema penal puede realizarse de una manera burda, como es la planteada por las políticas criminales totalitarias, o de una manera muy elaborada, como acontece con las políticas criminales liberales en donde se busca elaborar un sistema penal liberal así como un derecho penal liberal, que de suyo debe ser crítico y limitante, Pero tanto en una como en otra, el poder punitivo se legitima.

## Palabras clave

Derecho, Derecho Penal, Política Criminal. Poder Punitivo.

## SUMMARY

Criminal Political as a type of justice policy should be understood as that which configures the penal system, a configuration oriented by a very clear decisiveness by the punitive power. This decisiveness in none other than the legitimacy –for the peripheral countries– of Penal Law, that is. “Of the yes and when of the juridical–penal sanctions to typical conducts” and thus of the punitive power.

This configuration of the penal system may be achieved in an uncouth manner, such as that expounded by the totalitarian criminal policies: or in a very elaborated manner, as it occurs with the liberal criminal policies, where it is sought after to elaborate a liberal penal system as well as a liberal penal law, a fact which by itself should be critical and limiting, yet through one or the other, the punitive power becomes legitimate.

\* Abogado-Docente-Investigador de la Universidad de Medellín. UOC Derecho Penal Coordinador de la línea de Investigación en Derecho Penal de la Universidad de Medellín. Miembro del Instituto de Altos estudios Criminológicos y Penales -INACRIP- Fundador y Miembro del consejo científico y consultor del Instituto Panamericano de Política Criminal -IPAN-. Litigante en el área del Derecho Penal. Asesor jurídico del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Miembro del Centro Colombiano de Bioética “CECOLBE” Correo electrónico: jbotero@udem.edu.co

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Unos de los temas más socorridos en los manuales o tratados de Derecho Penal es el relativo a la Política Criminal en donde la mayoría de las veces se parte de una definición para luego presentar las relaciones de ella con los demás saberes penales, entre los cuales cabe destacar a la dogmática penal –ciencia del Derecho Penal– y a la criminología.

2. Tal forma de presentar la política criminal comporta dejar por fuera la verdadera funcionalidad, entendida ella como: “la relación entre conceptos jurídicos y sus efectos sobre el poder punitivo”<sup>2</sup> o, simplemente, “efecto político de los conceptos jurídico-penales”<sup>3</sup> de la política criminal con respecto al sistema penal y en especial con relación al Derecho Penal, en tanto que conjunto de normas.

De cara a lo anterior se hace necesario replantear la forma de concebir la política criminal para no omitir su verdadera funcionalidad.

3. Así, entonces, aquí se habrá de abordar no tanto las relaciones o si se quiere, la interdisciplinariedad de la política criminal con los demás saberes penales, como el sentido y alcance de ella –la política criminal– y sobre todo cuál es la funcionalidad de ella para el sistema penal y en especial para el Derecho Penal. Tal tarea hace entonces que se plantee el presente escrito en términos generales con plena aplicabilidad a cualquiera de los países o sectores de la periferia

4. En consecuencia, el presente escrito buscara dejar en claro el sentido de la política criminal para pasar a realizar un concreto recuento de “las políticas criminales” las cuales pueden ser divididas: de una lado, en aquellas<sup>4</sup> que pretenden imponer y legitimar un sistema penal totalitario propio de los Estados de policía, en donde se ubican aquellos Estados de Derecho constitucional simbólicos, y de otro lado, en aquellas que buscan promover en el interior de un Estado de Derecho Constitucional, un sistema penal liberal así como un derecho penal liberal, que de suyo debe ser crítico y limitante.

Como se indicará, cada una de esas políticas criminales, en última instancia, terminan, de una manera u otra, posibilitando la legitimación, para los países periféricos, del derecho penal, es decir, “del sí y del cuánto de la sanción jurídico-penal de las conductas típicas”<sup>5</sup>. Por ello, es de paso indicar que, tanto las políticas criminales legitimantes como las políticas criminales críticas, por su resultado, resultan emparentadas.

5. Una vez realizada esa división y de cara a las consecuencias que se derivan de esas políticas criminales se plantearán los lineamientos generales de una política criminal de los Derechos Humanos que si bien comienza –pasa– por ser una de las políticas criminales críticas se distancia de éstas cuando asume una postura agnóstica frente a quien ejerce directamente el poder –punitivo– que por lo general será el Legislador, ordinario o extraordinario, y en consecuencia, las limitaciones que ella plantea no pueden utilizadas por éste –el poder punitivo– para la legitimación de esa irracionalidad que le es propia, como sí ocurre con las limitaciones proveniente de las políticas criminales críticas.

En el desarrollo de esos lineamientos generales habrán de comenzar por la postura filosófica y política sobre la cual se fundamentará, en donde la persona real cobrará su verdadero valor, centro y razón de esa política criminal de los Derechos Humanos.

6. Sea de indicar que, como lo señala el título, aquí se desarrollarán unos lineamientos generales y no una acabada teoría político criminal, pero no por lo que esos lineamientos carecen de valor; todo lo contrario, son el marco filosófico, político y jurídico para abordar el sistema penal, configurado por quien ejerce directamente el poder –punitivo–, en orden a propender –construir si se quiere– por su limitación y deslegitimación desde la persona real, quien es el verdadero sujeto de ese sistema y quien habrá de soportar, sin importar el título que se le de: víctima, sujeto activo perjudicado etc. su irracionalidad.

7. Esos lineamientos generales se habrán de plantear desde la persona real centro y razón del Derecho. Perspectiva esta que es previa a cualquier dato normativo, un ser humano es persona no porque así lo disponga una determinada normativa sino porque lo ES es decir, se es persona porque se es –se existe– y no porque se halle normativamente establecido.

8. No obstante se vuelva sobre ellos, debe dejarse en claro que cuando se alude a la persona real se comprende a esa persona que, como totalidad, es donde se expresa: (a) su individualidad, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida, (b) su alteridad, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros yo”, “llegar a ser con otros en el mundo”<sup>6</sup>, para darse una coexistencia –convivir–, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad, (c) su comunicación que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad, y (d) su libertad. la persona real es un ser autónomo que puede ‘dar norma u dirección a su vida’<sup>7</sup> obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto.

En resumen, la persona real, como expresión totalizadora de unas características esenciales y dotada de una dimensión axiológica y política, es la que se halla en capacidad de configurar lo que le rodea en función de un fin que sería ella –la persona real–. Dada esa finalidad es por lo que ella, la persona real, siempre habrá de excluir, en la configuración sea de la política criminal sea del derecho penal como saber, todo aquello que atente contra ella misma, en ese sentido es por lo que quien configura y la manera de configurar será siempre un limitante de lo irracional.

9. La política criminal de los Derechos Humanos, agnóstica frente al poder punitivo, debe facilitar, ahí reside su funcionalidad –utilidad ética–, un sistema penal lleno de datos de la realidad, así como un derecho penal deslegitimado y un saber penal limitante de este. Pero todo ello se logra si y sólo si se muestra la política criminal como deber ser, e igualmente su verdadera funcionalidad ética en relación al ya mencionado sistema y derecho penal. De cara a lo anterior es por lo que, cada política o criminal desemboca en un cierto estilo de derecho penal. Que clase de derecho penal hacemos, no es cosa que dependa del derecho penal mismo sino de la política criminal en que se inspira o en que nos apoyamos”.<sup>8</sup>

Sea de acotar que configurar la política criminal, pero más su ejecución por –desde– y para la persona real es la forma de reducir y limitar la ilegitimidad propia del sistema de justicia penal en América Central y del Sur en donde ese sistema “reproduce la violencia, es ilegítimo porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema–, en fin. que administra –petrifica en el tiempo– los ilegalismos, pero no los combate”.<sup>9</sup>

Todo conflicto con el poder del tiempo termina por petrificarse siendo ello una incorrecta solución, pero de todos modos una solución, a ese problema. Tal forma de “solución incorrecta” es propia de los Estados de policía, en donde se ubican tanto los Estados totalitarios –dictaduras– como los Estados constitucionales de derecho simbólicos

Lo cierto que tal limitación –reducción– del sistema penal debe realizarse mediante los Derechos Humanos, entendidos como Derechos fundamentales e inherentes a la persona real, pero igualmente cierto es que estos –los Derechos Humanos– no deben ser otra cosa que la positivización de la persona real: los Derechos Humanos en tanto que fundamentales. Lo anteriores una redundancia pero en el sistema penal, al menos ahora, es necesaria, son la concreción en textos positivos de las características propias de la persona real y en ese sentido son ella, claro esta, sin reducir a la persona real a una noción normativa, ella es el origen de cualquier locución normativa que le regule En resumen– ella antecede no proviene de la normativa, sea cual hiere el nombre que se le de a esa normativa.

## 2. DE LA POLÍTICA A LA POLÍTICA CRIMINAL

1. Política Criminal es una de aquellas locuciones en Derecho penal que tiene tantos significados como autores que de manera seria aludan a ella esa diversidad de significados tiene su origen en la palabra “política en la medida en que ella ‘es extraordinariamente amplia y abarca cualquier género de actividad directiva autónoma’<sup>10</sup>, de ahí su gran capacidad de funcionalidad legitimante y configurativa entre más vaga sea una palabra en el sistema penal, entendiendo por sistema la unidad de diversos conocimientos bajo una idea”<sup>11</sup> o simplemente una serie de ideas sobre un determina objeto, será más funcional en la tarea configuradora, emprendida por el poder punitivo, del sistema penal.

Esa ausencia de claridad en un término conduce, no pocas veces, a “una manipulación interesada en la utilización del término como vía de legitimación de acción y de discursos hechos desde el poder”<sup>12</sup>, por ello es común la utilización de términos muy vagos por parte del poder y mucho más del poder punitivo para facilitar, mediante postulados idealistas, legitimar su actuar.

2. De cara a lo anterior es necesario entonces delimitar qué se entiende por política, en orden a evitar en lo posible malos entendidos, y delimitada esa noción llevarla al área penal para comprender qué significa política criminal.

3. Cuando se alude a política ella viene unida la noción de poder no tanto porque sean lo mismo, como por la estrecha vinculación que existe entre ambas, incluso uno y otro término se utilizan

como sinónimos<sup>13</sup>. Como quiera que el presente escrito no es de ciencia política, donde si debe tratarse a fondo el tema, se omitirá realizar sutiles disquisiciones sobre el particular, siendo suficiente para los fines de este es. rito, entender por política como un conjunto de contenidos con una finalidad –intencionalidad–, finalidad ésta que puede tener un mayor o menor grado de claridad mientras que por poder se comprenderá la capacidad de imponer algo” sea de manera individual o colectiva, siguiendo así la forma de pensar de M. Weber (1864-1920 quien asevera que el poder es “la posibilidad de que una persona, o varias, realicen su propia voluntad en una acción en común, aun contra la oposición de otros participantes en la acción”<sup>14</sup>

4. Así las cosas, no es incorrecto afirmar que mientras el poder es el ejercicio de un contenido, la política sería el contenido de ese ejercicio y en ese sentido la política procura, guiada por su finalidad, configurar en consecuencia, la política no debe ser extraña a la persona real y mucho más si ella posee una dimensión tanto política como axiológica, por medio de las cuales busca configurar, respetando el ontos –la realidad– del fenómeno que valora, la forma de comprenderse ella y las demás cosas que le rodean, sean o no creadas por ella y de otro.

Conforme a lo anteriores posible entender por qué se asevera que “el poder no es algo que se tiene, sino que se ejerce”<sup>15</sup>, e igual que la política es un componente inherente a cualquier configuración proveniente del hombre, ello es no es una noción previa o posterior sino que siempre se halla presente en la actividad humana configurante.

5. Ese poder, entendido como ya se acotó, puede ser ejercido de manera directa<sup>16</sup>. Un ejemplo del mismo es el desplegado por el poder punitivo– él mismo será configurador y de suyo carece de legitimación, al menos, racional. Así mismo el poder puede ser ejercitado de manera indirecta o discursiva; tal poder es el desplegado por los juristas, en especial por la agencia judicial –jueces y demás personas que la componen–: el poder en mención será preferentemente legitimador –aunque puede adoptar una postura negativa: deslegitimador, la cual es minoritaria– y se ejerce, preferentemente sobre pautas racionales.

Es posible que ambos poderes radiquen en un mismo o diferente grupo de personas. Cuando el poder directo y discursivo se halla en un mismo grupo de personas, lo cual era lo común atañe, el producto de aquel –poder directo–puede ser racional y legítimo siendo el poder discursivo simplemente un modo de corroborar esa racionalidad. Pero cuando ambos poderes, regla general hoy en día, se hallan en grupos diferentes, el producto de poder directo será irracional y requerirá del discursivo para ser revestido de racionalidad.

El discurso que materializa el poder indirecto puede ser verdadero o falso, dependiendo de sus fundamentos, ello es si el discurso se halla alejado de la realidad –mundo real–. En ese sentido es posible aseverar que hay discursos falsos en tanto que al utilizar postulados idealistas, proceden a crear la realidad social sobre la cual cimentarse. Un claro ejemplo de tales discursos son los propuestos desde los países de la periferia para “legitimar” el producto irracional del poder punitivo.

6. De cara a lo antes expresado, ya es posible presentar la política como configuración, mediante una serie de pautas, de un determina’ sector de la realidad, para la obtención de fin previamente establecido.

Esa tarea de configurar puede estar fundamentada en posturas realistas idealistas, brindando cada una de esas posturas una manera –método– diferente configuración, e incluso un resultado diferente<sup>17</sup>, la adopción de una u otra postt depende del fin previamente establecido: el determina el camino a seguir, no al contrar

Ya, entonces, es posible diferenciar entre “el qué” de la política –contenidos con una finalidad, intencionalidad o sentido para ejercicio de poder– con el cómo y el para qué se orienta esa finalidad.

No está de menos indicar que la política –contenidos con finalidad– y su ejercicio –poder– son en mayor o menor grado irracionales, pero de todos modos irracionales, al menos para Centro y Suramérica, en tanto que, en dicha zona, desde una postura realista, responden, tanto la política como el poder, a los intereses caprichosos de unos pocos –y son unos pocos los que ejercitan el poder– y mucho más en materia penal.

Sea de aclarar que no se requiere simpatizar con posturas partidistas de izquierda para llegar a la anterior conclusión–, basta simplemente llenar de datos de la realidad la forma de concebir a los países de la periferia –Centro y Suramérica en especial–.

7. En consecuencia ya es puede comprender por qué se habla de una política en salud para denotar esa serie de pautas para obtener, por ejemplo, la mejor higiene de una comunidad determinada o para la obtención de una determinada adhesión partidista, también es dable aludir a una política del tráfico vehicular, educativa, o partidista.

8. No puede escaparse a todo lo expuesto, la justicia –el Derecho<sup>18</sup>–, de ahí que se aluda a una política jurídica, denotándose la configuración de la justicia (el Derecho) –desde su creación, aplicación, ejecución y postejecución en materia penal– en y para una sociedad determinada con una problemática sociocultural propia Aunque obvio esa configuración de la política jurídica como cualquier otra configuración, siempre se hallara dotada de una intencionalidad –de un sentido, que vendrá dada por sus autores.

Se debe señalar, por hallarse muy vinculado con lo expuesto en precedencia, que la existencia de sociedades determinadas con problemáticas socioculturales disímiles debe imposibilitar que se implanten configuraciones de la justicia de una sociedad en otra salvo que tengan se reitera, una problemática sociocultural similar: olvidar lo anterior llevará, la mayor parte de las veces por no decir que siempre, a que la operatividad de dicha configuración sea disfuncional.<sup>19</sup>

Si en la configuración de la justicia se tienen como base posturas idealistas, carentes de datos de la realidad propios de esa sociedad en la que se habrá de realizar la tanta veces mencionada configuración, ello colaborará en la disfuncionalidad de tal configuración.

9. En el interior de la justicia se halla la política criminal, la cual tiene como cometido la configuración del sistema penal, es decir, el por qué y el para qué de la creación, aplicación y ejecución –incluyendo aquí la postejecución– de ese sistema. En consecuencia, la política criminal sería la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad, que viene dada por el poder punitivo.



Por ello se afirma que: “El derecho penal es lo que la política criminal ha querido hacer de él (Zipf). Cada Derecho penal es la realización de una determinada orientación político criminal”<sup>20</sup> y luego se continua diciendo: “cada política criminal desemboca en un cierto estilo de derecho penal. Qué clase de derecho penal hacemos no es cosa que depende del derecho penal mismo sino de la política criminal en que se inspira o en que la apoyamos”.<sup>21</sup>

La disfuncionalidad de la configuración de la justicia tiene una mayor constatación cuando la configuración del sistema penal se hace de espaldas a la realidad que se pretende configurar, como ocurre en los países de sur América, es decir, toda política criminal para que sea funcional a la sociedad debe haberse llenado de datos de la realidad.

10. No es erróneo aseverar que la política criminal es una especie de la política de justicia, la cual, es a su vez, un capítulo de estudio de la ciencia política<sup>22</sup> o, lo que es lo mismo “La política criminal es un fenómeno que está articulado al campo más amplio de las políticas o de la política general.”<sup>23</sup>

11. Para terminar de realizar la presente aproximación a la política criminal deben diferenciarse dos puntos— el primero, que se halla conformado por la pregunta y la respuesta sobre el sentido y alcance —el qué— de la política criminal, y el segundo, que lo integran el cuestionamiento y su respuesta sobre “el cómo”, “el para” y “el por qué” de esa configuración. El primer punto viene respondido por la idea de configuración del sistema penal mientras el segundo, si bien se interrelaciona con el primer punto sin perder su autonomía, se responde con la noción de funcionalidad —utilidad— de esa configuración.

Las conceptualizaciones de la política criminal no se detienen en ese punto: ella es configuración de un sistema penal, configuración orientada por una intencionalidad, por un sentido y, por ello, en no pocos casos, se omite hacer énfasis en la funcionalidad de la configuración del sistema penal o lo que es lo mismo, en la funcionalidad de la política criminal, entendiendo por funcionalidad, se reitera, “la relación entre conceptos jurídicos y sus efectos sobre el poder punitivo”<sup>24</sup> o, simplemente, “efecto político de los conceptos jurídico-penales”.<sup>25</sup>

De lo escrito en precedencia, se puede observar cómo la política criminal es la que construye —delimita— el sistema penal y en el interior de éste, la política penal configura el derecho penal. De la anterior afirmación, fácilmente se colige que es el poder directo —donde se halla el punitivo quien construye el sistema penal —donde se halla el Derecho penal—. Por consiguiente, quienes se hallan por fuera del poder punitivo como los juristas, no pueden pretender que mediante sus discursos se configure el sistema penal o al menos el Derecho penal: uno y otro le son dados al jurista: éste o busca legitimarlo —postura mayoritaria— o deslegitimarlo y limitarlo—postura minoritaria—, obviamente mediante un poder pero él ya no es directo sino persuasivo —discursivo o indirecto—.

12. En un verdadero y no simplemente simbólico Estado de Derecho Constitucional, los anteriores interrogantes deben estar condicionados por el sistema constitucional asumido, ello es, las respuestas a los antes citados cuestionamientos deben dimanar de la Constitución, así como de los tratados internacionales; por el contrario en Estados de Policía —donde deben incluirse los Estados de Derecho Constitucional simbólico por cuanto ellos son materialmente de policía— los

ya citados interrogantes habrán de surgir, materialmente, no de la Constitución sino de conceptos tales como el “sano sentimiento popular” o similares, que se caracterizan por ser difusos y por lo tanto sumamente útiles –funcionales– para los fines del poder punitivo

### 3. LAS POSTURAS POLÍTICO CRIMINALES

1. Si política criminal es la configuración del sistema penal, configuración que siempre estará guiada por una clara intencionalidad, se debe reconocer que existen no pocas posturas político criminales<sup>26</sup> orientadas a brindar por su finalidad explícita o no. en última instancia, los elementos que culminarán con la relegitimación o crítica de un sistema penal, entendiendo se reitera, aquí sistema como un conjunto de ideas.

2. No se debe olvidar que, partiendo de la idea según la cual “las vestiduras de las ideas es lo que nos lleva a tomar por verdadero lo que sólo es un método”<sup>27</sup> (Edmund Husserl 1976/52), no es incorrecto afirmar que muchas de esas posturas criminales se han de presentar como “verdades” sobre la configuración del sistema penal cuando simplemente son métodos que utilizan los artífices de la política criminal, se repite, para relegitimar el sistema penal y con él el Derecho Penal.

3. Esas diversas políticas criminales, algunas merecedoras de ese nombre otras remedo de él, pueden ser clasificadas<sup>28</sup>, por su funcionalidad, en políticas criminales que al configurar el sistema penal mediatizan el hombre, es decir, políticas que instrumentaban a la persona real –políticas criminales totalitarias– y en aquellas que al configurar el sistema penal parecen reivindicar a la persona real al asumir una postura crítica, pero finalizan mediatizando esa persona real –políticas criminales liberales–. Ambas formas de configuración del sistema penal si bien son diferentes en sus postulados terminan, se repite, legitimando el poder punitivo, obviamente, en menor medida, las políticas criminales liberales.

#### I. Políticas criminales totalitarias

1. Tales políticas criminales, que van desde las más burdas hasta las más sutiles formas de configuración del sistema penal, se caracterizan por concebir al hombre como un simple instrumento del y para el poder, sea éste individual o de masas Aunque tal forma de concebir al hombre sera incluso un punto en común de la mayoría de políticas criminales<sup>29</sup>.

2. Las políticas criminales totalitarias tienen una serie de características, las cuales se destacan más que otras dependiendo del grado de irracionalidad del poder y del contexto social y político donde éste se desenvuelve; igualmente pueden ser compartidas con otros modelos de políticas criminales que no son totalitarios.

3. Esas características pueden ser, entre otras muchas, las siguientes:

3.1. Los titulares de la configuración de las políticas criminales totalitarias. Quienes determinan – instigan– la construcción –configuración– de las políticas criminales totalitarias son las fuerzas económicas imperantes, fuerzas económicas, que actualmente, son de índole trasnacional o “poderes económicos supranacionales”<sup>30</sup>.



Esos poderes económicos también determinan la configuración de las políticas criminales críticas. La diferencia entre éstas y aquéllas reside en la existencia de unos limitantes, en mayor o menor grado, efectivos en las políticas criminales críticas.

Tanto en las políticas criminales totalitarias como en las críticas, las tuerzas económicas supranacionales actúan de forma similar a como lo haría el hombre de atrás en la autoría mediata: son ellos –los que se hallan en la parte de atrás– los autores, mientras quienes aparecen como los realizadores –configuradores– de las políticas criminales son simplemente instrumentos de quienes se hallan en la parte de atrás.

3.2. Calidad intelectual de quienes fungen como instrumentos. Los que aparecen como los constructores de las políticas criminales totalitarias son funcionarios administrativos que fungen, sin mérito la mayoría, como académicos y presentan sus construcciones totalitarias recubiertas bajo ese “manto” de pseudointelectualismo.

3.3. Intencionalidad de las políticas criminales totalitarias. La finalidad de estas políticas se muestra de manera clara: configurar un sistema penal, obviamente autoritario, donde se protejan los intereses de las fuerzas económicas supranacionales.

Esa intencionalidad no admite limitaciones alguna y el sistema penal que configura estas políticas criminales “mantiene una injerencia directa prácticamente ilimitada sobre la vida social e individual”<sup>31</sup>.

3.4. Otros puntos en la configuración de las políticas criminales totalitarias. En la configuración de las políticas criminales totalitarias se acude a eslóganes como por ejemplo orden, seguridad. Palabras estas que facilitan un sistema penal sin limitación, dada la vaguedad de esas palabras.

Esos eslóganes” populistas tienen una gran carga simbólica y en la comunidad; más por simple impresión que por efectivo funcionamiento, comportan su aceptación. En esa aceptación juegan un papel importante los medios de comunicación –“mass media”– por cuanto tienen la y capacidad de “crear” y difundir fenómenos sociales que no existen; de mostrar esos fenómenos existente– virtualmente como electivos t en consecuencia, necesarios para la sociedad, se pueden plantear los incrementos punitivos, la disminución de la intimidad a favor de una mayor injerencia estatal.

No es de extrañar que los mass media se hallan en manos de las tuerzas económicas supranacionales que determinan la configuración del sistema penal.

En resumen esas locuciones favorecen–facilitan–: “una planificación punitiva amplificada e irrealizable, que va aumentando el poder selectivo y de vigilancia [arbitrio que pasa a ser arbitrario de los organismos policiales” y correlativa una disminución en el poder decisorio de los organismos judiciales<sup>32</sup> Todo lo anterior es aplicable no solo a law políticas criminales autoritarias propiamente dichas sino a las políticas criminales que se presentan bajo unos pseudo postulados democráticos o formalmente democráticos.

3.5. El sistema penal configurado por las políticas criminales totalitarias se cimienta sobre datos sociales falsos. Las políticas criminales totalitarias, sea que se muestren así –formas de gobiernos

dictatoriales o gobiernos fundamentalistas— o que se disfrazen con un aparente manto democrático —los gobiernos formalmente democráticos: Estados de Derecho simbólicos— siempre se edificarán sobre datos sociales falsos, carentes de existencia real material<sup>133</sup> y en ese orden de ideas el sistema penal y el Derecho penal operarán sobre datos falsos, y falsos serán sus resultados.

Dado que estas políticas criminales trabajan y se hallan cimentadas en datos sociales falsos, requieren de la fuerza para imponer la configuración del sistema penal, ello en los Estados donde impera una forma de gobierno dictatorial sea ella de derecha o de izquierda, o bien acuden a los medios de comunicación —mass media— para hacer creíble en la comunidad el sistema penal que se ha configurado, incluso, a veces, más que creíble, necesario.

Las políticas criminales totalitarias en su tarea de configurar el sistema penal no respetan el ontos de los fenómenos que pondera y ello debido, algunas veces, a los postulados idealistas que le sirven de fundamento.

3.6. Las políticas criminales totalitarias configuran un sistema penal de la guerra, cuya funcionalidad es la de neutralizar a todos los disidentes del dictador de turno, así como a todos quienes amenacen a las fuerzas supranacionales, es decir, las políticas criminales totalitarias configuran un sistema penal del enemigo.

En fin, las construcciones proveniente— de las políticas criminales totalitarias no piensan, sólo saben reprimir sin límite alguno.

## II. Políticas criminales críticas

1. Como existen políticas criminales totalitarias también las hay críticas. En principio tales políticas habrán de configurar sistemas penales con límites, límites estos que le son impuestos al poder y así él no puede construir cualquier sistema penal y para cualquier finalidad.

2. Esas políticas criminales críticas, como las totalitarias, tienen unas características, que son contrarias, en principio, a las de las políticas criminales totalitarias. Ellas son, entre otras, las siguientes.

2.1. Los titulares de la configuración de las políticas criminales críticas. Sobre quienes determinan las políticas criminales críticas, en la actualidad, no hay mayor diferencia con las totalitarias, en la medida en que son las fuerzas económicas supranacionales. La diferencia estaría en el cómo de la configuración en las totalitarias no se conoce límite alguno mientras en las críticas se establece en límites. Lo que acontece con estos límites es que ellos son utilizados por el poder para legitimar su construcción, por lo tanto, en las políticas criminales críticas los limitantes contienen una finalidad positiva: legitimar la configuración del sistema penal.

2.2. Calidad intelectual de los instrumentos de las fuerzas económicas. Aquí sus constructores si bien siguen siendo funcionarios administrativos, quienes materializan el ejercicio de poder directo serán personas vinculadas con él; estos funcionarios estarán guiados, preferentemente por académicos que propenden por limitar —con sumo respeto, eso creen— el poder directo —lo

que hacen en última instancia, es legitimar mediante esa limitación la configuración proveniente del poder directo—.

2.3. Intencionalidad de las políticas criminales críticas. La finalidad de las políticas criminales críticas es la de limitar la configuración del sistema penal para que éste, en las diferentes agencias, sea ya no simple represión sin dique alguno.

Aquí la intencionalidad —limitar— ya no se restringe al poder directo como es el ejercido por el legislador, sino que busca limitar el poder indirecto, como es el ejercicio desplegado por la judicatura.

2.4. Las locuciones legitimantes de la arbitrariedad del sistema penal en las políticas criminales críticas. Si bien en principio, las políticas criminales críticas no deben admitir eslóganes legitimantes tales como seguridad ciudadana, orden público, entre otros, el poder directo en las políticas criminales críticas, en su configuración, deja que se deslicen eslóganes como los anteriores. Tales palabras que abren la puerta a la arbitrariedad del sistema penal habrán de ser parcialmente limitadas por los presupuestos de las políticas criminales críticas.

Pero, ese límite es parcial puesto que al igual que las totalitarias, entran en juego los medios de comunicación con su capacidad de crear una realidad y difundirla para lograr la aceptación de esas palabras que pretenden ampliar la arbitrariedad del sistema penal

2.5. El sistema penal configurado por las políticas criminales críticas no debe cimentarse sobre datos socia— les falsos. A diferencia de las políticas criminales totalitarias las críticas deben incorporar en la configuración del sistema penal datos de la realidad, datos con existencia! real material y de ellos habrá de extraer todo su discurso crítico y limitador.

Sin embargo, hay políticas criminales críticas que por fundarse en postulados idealistas finalizan por cimentar su construcción en datos creados y, en consecuencia, no respetuosos del onto de los fenómenos sociales que pondera para configurar el sistema penal.

2.6. Las políticas criminales críticas configuran un sistema penal de garantías, cuya funcionalidad reside en limitar la construcción del poder directo. Pero aquí la funcionalidad no solo se halla en la limitación sino también en la legitimación de esa construcción proveniente del poder directo.

Como resumen, las políticas criminales críticas construyen un sistema pendi que halla en la constitución un limitante de su ejercicio limitante que se convierte en la legitimación de la configuración del poder directo.

### III. Colofón de las políticas criminales

1. De todo lo anterior y para iniciar luego con las líneas generales de la política criminal de los Derechos Humanos desde y para la persona real, cabe aseverar que el discurso configurador del sistema penal proveniente de las políticas criminales totalitarias y críticas, termina por legitimar ese sistema penal planificado para ser funcional al poder directo en donde se halla el poder punitivo. en ese orden de ideas la política criminal queda, para América central y del sur a medio

camino: al menos en sentir de quien escribe debe deslegitimarse el sistema penal, donde se halla el Derecho penal.

#### 4. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

##### I. Nociones Previas

1. De cara a la realidad – real– que vive tanto Centro como Suramérica. el si–tema penal, además de ser limitado, debe ser deslegitimado.

2. Tal tarea no puede ser emprendida, por obvias razones, ni desde las políticas criminales totalitarias– ni desde las políticas criminales críticas en la medida en que éstas si bien limitan la construcción del sistema penal, ese limitante termina por ser utilizado como legitimador de esa construcción proveniente del poder directo.

3. Frente a lo anterior puede emprenderse la formulación de una política criminal de los Derechos Humanos que si bien es crítica se diferencia de las políticas criminales de igual naturaleza por la actitud frente al poder directo: es una posición agnóstica y en ese sentido la limitación que de ella se derive no podrá ser asumida por el poder directo para legitimar su construcción.

A continuación entonces, se habrán de exponer las líneas generales de esa política criminal.

##### II. La Persona como centro y razón de la política criminal

1. La política criminal de los Derechos Humanos se debe hallar fundada desde y para la persona real –fundamento antropológico personalista– y en su desarrollo se debe respetar el ontos de los fenómenos sociales e individuales que ponderará –fundamento realista–, en ese sentido existe una plena concordancia entre los fundamentos del sistema penal y los del Derecho Penal –como expresión de ese sistema penal–.

2. Para brindar una noción de la persona real debe comenzarse por brindar una muy concreta respuesta al fascinante y complejo interrogante– ¿que es el hombre? El saber llamado antropología filosófica ha brindado una serie de respuestas y esas respuestas, así como las diversas configuraciones del sistema penal –política criminal–, le han brindado preferencia (a) o bien al individuo –hombre, persona– o (b) la sociedad, es así como aquel –el hombre o persona– se halla privilegiado por las posturas individualistas, acentuadas en la modernidad, mientras ésta, la sociedad, es puesta en un sitio de privilegio por las posturas colectivistas en donde se destacan las corrientes sociológicas funcionalistas.

3. Cada una de esas posturas filosóficas influyó directamente en la manera como se ha configurado el sistema penal y dentro de él el Derecho penal: en la primera, la individualista, se presentó un sistema penal y obviamente un Derecho penal en donde venía a menos, en mayor o menor medida, la sociedad– en la segunda, la colectivista –funcionalista– se elaboró un sistema penal

donde se “sacrificaba” la persona para brindar un derecho penal funcional a la sociedad y se le “sacrificaba” o bien porque no era tomada en cuenta en tanto que se inventaba su noción alejada de la realidad –el mundo– o bien porque se perdía en una idea abstracta y sumamente racionalista –una persona abstracta–.

4. Las respuestas que brindaron –y continuaron otorgando– las posturas filosóficas a la tantas veces mencionada pregunta, ¿qué es el Hombre?, fueron unilaterales creando un dilema, que en el fondo no existe, como ya se habrá de indicar y demostrar– es el hombre – individuo– o es la sociedad –colectividad–.

Dicho dilema ha conducido a presentar elaboraciones del sistema penal que, si bien son disímiles en sus postulados, tienen un punto en común– son sistemáticas penales que en tanto que producto del sistema penal entendido como el conjunto de ideas sobre un mismo ente<sup>34</sup>: Derecho Penal, se han realizado sin la persona real y para no personas reales.

En conclusión sea con fundamento en respuestas individualistas o en respuestas colectivistas se ha configurado un sistema penal desde y para quien no es persona real por omitir alguno de sus caracteres esenciales, sea la alteridad y comunicación, sea la “mismidad (X. Zubiri) de la persona.

5. Lo anterior, de cara al proyecto que se plantea, hace necesario ver a la persona con todas y cada una de sus notas esenciales y no desde el “sí mismo” –individualismo– o desde su alteridad y comunicación exagerada –exagerar esa “relación del yo con el tu, el entre”<sup>35</sup>, es decir, ese ámbito “más allá de lo subjetivo donde el yo y tú constituyen su encuentro”<sup>36</sup>. colectivismo–.

6. Por lo tanto, persona real, como ya se indicó es una totalidad donde se expresa: (a) su individualidad, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida. (B) su alteridad, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros “yo”, “llegara ser con otros en el mundo”<sup>37</sup>, para darse una coexistencia – convivir–, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad, (c) su comunicación, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad. y (d) su libertad, la persona real es un ser autónomo que puede “dar norma y dirección a su vida”<sup>38</sup>, obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real– así, entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto.

Es para y desde esa persona real que debe procederse a configurar un sistema penal –desde y para ella que debe hacerse política criminal–, pero como quienes ejercen el poder directo, legislador bien a mutuo propio o determinando –que sería la regla general– por fuerzas económicas supranacionales, será quien configure el sistema penal, es deber de la persona real confrontar esa construcción con los datos provenientes de la realidad real y así asumir una postura agnóstica frente a esa construcción y proceder, mediante los Derechos Humanos consagrados en el Derecho Internacional y la Constitución, a limitarla sin legitimarla

7. Debe quedar muy claro que asumir la postura de la persona real como configuradora del sistema penal o al menos como limitadora de ese sistema mediante los Derechos Humanos vertidos en el

Derecho Internacional y la Constitución Política no significa que se olvide a la sociedad, dado que esa persona real es real en tanto que expresa su alteridad –apertura racional al mundo a otros “yoes’–. Dicho de otra manera. la sociedad no es más que la alteridad de la persona real – es “el Ser–que–está siendo”<sup>39</sup> – y en ese sentido al configurar la comprensión del mundo y la persona real desde ésta es tener en cuenta la sociedad.

Por consiguiente un saber–en donde se halla el penal– construido en dimensión del yo–del hombre– es un saber que no excluye el tú –sociedad: pluralidad de individualidades i’yoes i–, antes bien, lo incline de manera indefectible.

Entonces si el Derecho, en tanto que saber, se configura en dimensión al hombre –yo–, también se estará construyendo en dimensión del tú –sociedad–, es decir la configuración del Derecho como saber en dimensión al hombre es la configuración del Derecho en dimensión del tu

Por lo tanto, ese dilema persona versus sociedad es una falacia en tanto que la persona real es alteridad y en ese sentido ella y la sociedad –individualidades necesitadas del otro–se requieren mutuamente

8. La sociedad, en tanto que individualidades necesitadas del otro, es la persona real por lo que configurar un saber en dimensión de la persona real es hacerlo en dimensión de la sociedad incluso aquella configuración –en dimensión de la persona real hace suya la configuración en dimensión de la sociedad.

Así las cosas no es la sociedad la que configura tanto a la persona real como a todo lo que la integra y regula –Derecho– es la persona real la que condiciona a la sociedad y al Derecho, norma y saber, y construye su forma de comprensión.

9. La persona real en mi tarea de configurar– construir– tiene un limitante, proveniente de su apertura al mundo, y es el respeto por la forma en que el mismo está dado, ello es. la persona real al configurar la comprensión tanto de ella como del mundo no debe alterar como viene el mundo. Por ello, el hombre real configurador de la comprensión con sentido del mundo si bien habrá de seleccionar –dimensión axiológica de la persona real– datos de esa realidad para su tarea configuradora, deberá respetar el ontos de esos datos de la realidad

10. Así la configuración del sistema penal, es decir, la política criminal, o al menos la limitación de esa construcción por medio de los Derechos humanos vertidos en el Derecho Internacional o en la Constitución, cuando ella provenga, se reitera, por quienes ejercen normalmente el poder directo: Legislador ordinario o extraordinario ejercicio, será personalista, por cuanto parte de la persona real como una totalidad que se expresa –comunica–en alteridad y autonomía y realista, por cuanto supone el respeto a los datos de la realidad, seleccionados por la dimensión axiológica de la persona real.

11. En fin, la política criminal de los Derechos Humanos, desde y para la persona real, se halla, de un lado, fundada en una antropología personalista y de otro lado, en una postura realista en cuanto a la relación cognoscitiva entre la persona real y lo externo a ella.



Tal proyecto metodológico parte de la persona real y desde ella y para ella configura la comprensión de su alteridad – las individualidades, el mundo y la manera de regularlo.

12. En conclusión, la persona real debe configurar, o por lo menos limitar, el sistema penal mediante valoraciones –desvaloraciones– pero ello no la autoriza para que altere la realidad real mediante tal actitud axiológica –exigencia del fundamento realista–; la estructura del fenómeno previo al derecho obliga a observar su naturaleza, en el momento de configurar las reglas jurídicas, y siempre se debe tener como fin primero y último a la persona real, ella es el inicio, desarrollo y fin del sistema penal o por lo menos de su limitación –exigencia del fundamento personalista.

### III. Lineamientos generales de la política criminal de los Derechos Humanos.

1. Dejando en claro el concepto ontológico de persona real, que no debe ser alterado –ni creado– por el Derecho sino respetado por éste, se repite, la estructura del fenómeno previo al derecho obliga a observar su naturaleza en el momento de configurar las reglas jurídicas<sup>40</sup>, y en consecuencia asumido por el Derecho sin cambio alguno, ya puede, no obstante ya haberse iniciado, aludirse a los lineamientos generales de la Política Criminal de los Derechos Humanos desde y para la persona real.

2. La Política criminal en su “qué”, como ya se indicó, significa la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad que viene dada generalmente por el poder punitivo. En consecuencia, la política criminal de los Derechos Humanos es no tanto una configuración de un sistema penal, como la construcción de una serie de limitantes a esa construcción proveniente de quienes ejercen directamente el poder– el legislador ordinario o extraordinario.

Dicho de otra manera, es posible, regla general, que la configuración del sistema penal –ejecución de la política criminal– sea una serie de actos provenientes de esferas o, si se quiere de agencias no judiciales –no juristas o siendo juristas no tienen en cuenta su formación que debe ser personalista–; por lo tanto, aquí la política criminal de los Derechos Humanos, cuyo creador es la persona real, debe ser la construcción de una serie de limitantes normativos a ese sistema penal, igualmente con un origen normativo, no obstante tenga funciones latentes subterráneas. Tales limitantes normativos deben provenir del Derecho internacional que consagre Derechos Humanos y de la Constitución respetuosa de la persona real. Esto último quiere decir que no todo texto normativo que se denomine Constitución puede ser limitante sino tan sólo aquel que sea respetuoso de la persona real, la cual será siempre, molesto o no, previa al Derecho.

3. Esos limitantes normativos provenientes de la configuración planteada por la Política Criminal de los Derechos Humanos siempre deben estar en consecuencia con su artífice; la persona real, ello es no pueden contrariar a la persona real y sus características. Así mismo deben darse en cada una de las instancias del sistema penal; en ese orden de ideas la política criminal en mención debe integrarse con la dogmática penal, incluso, se debe configurar desde aquélla. Igualmente la plurimentada política criminal de los Derechos Humanos se convierte en el más efectivo límite al Derecho penal expansionista que se viene imponiendo actualmente.

4. Así, entonces, se señalan las líneas generales de la política criminal de los Derechos Humanos, política ésta sumamente molesta para quienes, por lo general ejercen el poder directo –poder punitivo– e incluso para quienes ejercen el poder discursivo o indirecto con criterios propios del poder directo –poder punitivo– para congraciarse, por motivos muy diversos, con éste.

5. Con el marco delimitado mediante esos lineamientos generales pueden abordarse las problemáticas que se deriven de la configuración de un sistema penal por parte del legislador, ordinario o extraordinario.

## 5. PALABRAS FINALES

1. La política criminal es configuración guiada por una intencionalidad, del sistema penal sea para perseguir eficazmente las conductas delictivas en una comunidad dada, sea para brindar efectividad de las disposiciones penales, sea para brindar un contenido material a los elementos que componen ese todo cultural llamado delito. Política criminal es configuración: por ello es utilizada por el poder punitivo quien le brinda la intencionalidad que orienta esa construcción.

2. La política criminal puede adoptar varias versiones, totalitarias unas, críticas otras, pero ellas finalizan legitimando la irracionalidad del poder punitivo. Por lo tanto, debe plantearse una política criminal que, al ser agnóstica frente al poder punitivo, no legitime su irracionalidad y, además, le limite. Tal política criminal es la de los Derechos Humanos.

3. La política criminal de los Derechos Humanos debe fundarse en la persona real –fundamento personalista del cual se derivan una exigencias– y en el respeto al ontos del fenómeno que se pondera –fundamento realista del cual, igualmente, se derivan una serie de exigencias–. Usa política criminal limita la irracionalidad del poder punitivo: ese límite, dada la postura agnóstica que ella tiene con respecto al poder punitivo, no puede ser utilizado por éste para su legitimación.

4. Los limitantes que debe proponer la política criminal de los Derechos Humanos deben ser normativos y ellos provienen tanto del Derecho Internacional que consagra Derechos Humanos como de la Constitución política, siempre y cuando ésta sea respetuosa de la persona real.

5. La política criminal de los Derechos Humanos propugna, así, no por un mejor y más Humano Derecho penal –sistema penal– sino por algo diferente al Derecho penal en donde la persona sea reconocida como lo que es. persona en el mundo.

## CITAS

- <sup>1</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1984, p. 191. Por ello afirma VELASQUEZ VELÁSQUEZ que: “en sentido estricto, como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad.” (Vid VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General, 2a. Edición. Bogotá: Temis, 1.995, p. 23.)
- <sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAG1A, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 370 §26, I, numeral 2 supra.
- <sup>3</sup> Ibídem, p. 370 §26, I, numeral 2 supra.
- <sup>4</sup> Tales políticas criminales, para ser funcionales, acuden o bien a conceptos vagos, etéreos que permiten la definición de los tecnócratas de turno o bien a dejar sin definición las locuciones que manejan.
- <sup>5</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1984, p. 191. Por ello afirma VELASQUEZ VELÁSQUEZ que: “en sentido estricto, como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma mas eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad.” (Vid VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General, 2a. Edición. Bogotá: Temis, 1.995, p. 23.)
- <sup>6</sup> LUCAS, Juan de Sahagun. Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica. Salamanca: Sigueme, 1996, p. 174 supra.
- <sup>7</sup> Ibídem, p. 174 supra.
- <sup>8</sup> FERNÁNDEZ CARASQUILLA, Juan. ¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?. En Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Vol. XIV, No. 47-48 (mayo/diciembre 1992); p. 55.
- <sup>9</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales. Bogotá: Temis, 1999, p. 2.
- <sup>10</sup> WEBER, Max. El político y el científico. Madrid: Alianza, 2.002, p. 82.
- <sup>11</sup> KANT, Immanuel. Critica de la Razón Pura. Tomo II. Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987, p. 397.
- <sup>12</sup> GUTIÉRREZ, Marcela. Política Criminal y Derechos Humanos En Derecho penal y Criminología, Bogotá, Vol. XVII, No. 56 (mayo/agosto 1995); p. 153 supra.
- <sup>13</sup> Ver -Vid.- en más detalle, entre otros, VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. El poder político. 2a. edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990, p. 1 a 28.
- <sup>14</sup> Confrontar -Cfr.- WEBER, Max. Estructuras de Poder. México D.F.: Coyoacán, 2001, p. 45.
- <sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAG1A, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Op. cit., p. 20 §3. II. Numeral I.
- <sup>16</sup> De ahora en adelante cuando se aluda al poder sin adjetivo alguno o al poder punitivo se estará haciendo mención al ejercicio directo.
- <sup>17</sup> Entendida así la política, sin ser desligada en momento alguno del poder, ella puede ser explicada, para el Derecho, mediante la teoría de la ingeniería constitucional que propone Giovanni Sartori en SARTORI, Giovanni. Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, 227p.
- <sup>18</sup> Aquí y en adelante, salvo que se indique cosa contraria, se entiende al Derecho no como un valor sino como un mecanismo de control social formal que por medio de normas impone una determinada disciplina social, con total independencia si los destinatarios se hallan o no de acuerdo con esas normas. De ahora en adelante se habrá de utilizar la acepción
- <sup>19</sup> La problemática -su disfuncionalidad- de los sistemas de justicia en los países periféricos -donde, quien escribe, destaca a los de sur y centro América- proviene de omitir lo aquí acotado: implementar, de manera acrítica, una configuración de justicia realizada para y desde una determinada problemática sociocultural totalmente ajena a la que se vive en los países en mención.

- <sup>20</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. En foques actuales de la teoría del delito. El delito desde la perspectiva del error y de los fines de la pena. En *Derecho Penal y Criminología* Bogotá, Vol. XI, No. 39 (septiembre/diciembre 1989); p. 55.
- <sup>21</sup> *Ibidem*, p. 55.
- <sup>22</sup> En materia penal, entre otros, vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2.000, p. 149. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Temis, 2002, p. 226. TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, 1997, p. 10
- <sup>23</sup> TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, 1997, p. 10.
- <sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 370 §26, I, numeral 2 *supra*.
- <sup>25</sup> *Ibidem*, p. 370 §26, I, numeral 2 *supra*.
- <sup>26</sup> Cfr, entre otros, ZIP, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*. Traducción Miguel Izquierdo Macias-Picavea. s.c. 1979, 200p. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 148. TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina*. Bogotá: Librería Profesional, 1990, 226p. TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, 1997, 178p. SÁINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 91 a 94. POLAINO NAVARRETE, Miguel, op.cit., p. 191 a 197. MIR PUIG, Santiago et al. *Política Criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá: Temis, 1982. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 41 a 101. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, op.cit., p. 22 a 25. MIR PUIG, Santiago et al. *Política Criminal y reforma al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982, 360p.
- <sup>27</sup> HUSSERL, Edmund. *Crisis de las ciencias Europeas y la fenomenología Trascendental*, Madrid, 1.976, p. 52.
- <sup>28</sup> En forma similar, pero con otro baremo clasificatorio, GROSSO GARCÍA Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen. Perspectiva Político-Criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 17.
- <sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política Criminal latinoamericana. Perspectivas. Disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 88 y 89.
- <sup>30</sup> BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*. 3a. Edición, Madrid: Trotta, 1999, p. 64.
- <sup>31</sup> GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen. Perspectiva Político-Criminal*. Op. cit., p. 18.
- <sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tendencias Finiseculares del Derecho Penal*. En SOBERANES, José Luis (compilador) et al. *Tendencias actuales del Derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 166.
- <sup>33</sup> Cuando se alude a la existencia real material se quiere denotar a esa existencia material y no ideal.
- <sup>34</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Tomo II. Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987, p. 397, en donde define al sistema como: "la unidad de diversos conocimientos bajo una idea"
- <sup>35</sup> LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Op.cit., p. 117,
- <sup>36</sup> *Ibidem*, p. 117.
- <sup>37</sup> *Ibidem*, p. 174 *supra*.
- <sup>38</sup> *Ibidem*, p. 174 *supra*.
- <sup>39</sup> HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es la filosofía?*. Prologo, traducción y notas aclaratorias de Jesús Adrián Escudero. Barcelona: Herder, 2004, p. 67.
- <sup>40</sup> Lo anterior no es "ontologizar" el Derecho, éste se debe erigir con nociones normativas pero estas deben cumplir una serie de exigencias metodológicas para que ellas no se conviertan en conceptos carentes de efectividad: El Derecho debe aspirar a ser además de válido -legalidad- efectivo y ellos se obtiene, en primer lugar, con el respeto a la estructura óptica del fenómeno que se valora por el Derecho. Incluso, al menos para América del centro y sur, debe evitarse el Derecho simbólico en lo que hace al área jurídico-penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. En MIR PUIG, Santiago et al. Política Criminal y Reforma del Derecho Penal., Colombia, Ed. Temis, 1.982, en especial, pág 28 a 63.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. Bosquejo crítico al título y del libro II del nuevo código penal. "Delitos contra la integridad moral". En Revista de Derecho Penal, Bogotá, No. 24 (abril-mayo 2001); p. 37 a 50.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. Breves aproximaciones conceptuales sobre la eutanasia, ortotanasia y distanasia. Para una conceptualización biojurídica del homicidio pietístico. En Holística jurídica, Medellín, No. 1, 2000, p. 9-26.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. Consideraciones sobre la tutela jurídico penal a la vida humana. Aproximación al sentido y alcance del parágrafo contenido en el artículo 124 del nuevo código penal. En Revista de Derecho Penal, Bogotá, No. 21 (octubre- noviembre 2000); p. 61 a 79.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. De la Manipulación Genética: Regulación en el Nuevo Código Penal. Medellín: Jurídica Sánchez, 2001.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. El obrar de manera distinta. En Intercambio, número 9, revista electrónica del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de la Plata -Argentina-: [www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios/intercambios/intercambios9/index.htm](http://www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios/intercambios/intercambios9/index.htm) marzo de 2005.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica. Bogotá: Leyer, 2002.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. La conducta delictiva de Constreñimiento ilegal. Bogotá: Leyer, 2003.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. La manipulación genética a la luz de la ley penal. En Vademécum de Familia, Medellín, No. 31 (año 8, tercer trimestre 2004), 2004, p. 21 a 33.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. Protección jurídico penal a la vida Humana. Aproximación crítica a las conductas punibles vertidas en el Título I del Libro II del Nuevo Código penal. Parte Introductoria. En Revista de Derecho Penal, Bogotá, No. 23 (febrero / marzo 2001); p. 43 a 47.
- BOTERO BERNAL, José Fernando. Una visión crítica a la metodología de las sistemáticas teleológicas en el Derecho Penal. Desde la Persona Real configuradora del Derecho Penal. Medellín: 2005, Escrito próximo a ser publicado en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de la Plata -Argentina-
- GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio. Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad.; Madrid: Espasa Calpe, 1988.
- GOPPINGER, Hans. Criminología, Madrid: Reus, 1975.
- HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho Penal de hoy, traducción de Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.
- HASSEMER, Winfried. Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal, Bogotá: Temis, 1999.
- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, J. Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, hacia una alternativa., Madrid:

Ariel, 1984.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (coautor y compilador). La pena: garantismo y democracia. Santafé de Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1999.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. ¿Qué pasa en la criminología moderna?, Bogotá: Temis, 1990. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, Justicia Penal y Derechos Fundamentales., Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1996.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica. Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. La crisis de la justicia Penal en Colombia., Colombia, Ed. Temis, Santafé de Bogotá D.C.

MATHIESEN, Thomas et al. Abolicionismo Penal, traducción del ingles por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza, Argentina, EDIAR, Buenos Aires, 1.989.

OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal., 1a. edición, Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997.

PAVARINI, Massimo. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, México D.F.: Siglo XXI, 1983.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo., Barcelona: José María Bosch, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen., Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal, 2a. Edición, Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1.990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Hacia un realismo jurídico penal marginal, Venezuela, Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, 1.993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Muertes Anunciadas. Bogotá: Temis, 1993.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Derecho Penal, Criminología y Política Criminal Argentina, Ed. Delpama, Buenos Aires, 1.998.